VIII.

Ueber bonum und aequum und ihre Gegensätze im römischen Recht.

Von

Herrn Dr. **Hartter**,

Advokaten in München.

Cicero rühmt von der aequitas, daß sie das patrocinium orbis sei [1]), und in den Rechtsquellen wird von aequum und bonum äußerst oft gesprochen. Die Juristen und Imperatoren leiten daraus bald diesen bald jenen Rechtssatz ab. Ja Celsus behauptet nach Ulpian, die Jurisprudenz selbst sei nichts als die ars boni et aequi [2]). Die Wichtigkeit ihres Momentes, welche auch in neueren Rechtsquellen zugegeben wird [3]), haben zwar die juristischen Schriftsteller nicht wohl ignoriren können, und davon eben darum vielfach gehandelt, aber ohne sich auch nur in der Hauptsache vereiniget zu haben oder sich überall klar geworden zu sein. Die ältere Literatur über diesen Gegenstand seit der

---

1) Cicero de off. II, 8.

2) l. 1. §. 1. D. de just. et jur. 1, 1: jus est ars boni et aequi. — Jus begreift hier wohl die Gesammtaufgabe des Rechtsgelehrten, welche er durch seine wissenschaftliche Kunst zu lösen berufen ist.

3) So bezieht sich auf die aequitas der Cod. civ. art. 1134: toutes les suites, que l'équité etc. donnent à l'obligation d'après sa nature. Vergl. hierzu Portalis im Cod. civ. avec motifs Paris 1803. I, 18. Auch in der Allianzakte vom 26. Sept. 1815 sprachen die Monarchen ihren Entschluß aus, die aequitas als règle de conduite zu achten. Martens, Recueil suppl. VI, 556. — Klüber, droit des gens §. 2 u. 146.

Glosse enthält Lipenius, biblioth. real. jur. I, 36; Suppl. I, 4; II, 15 ziemlich vollständig. Seither hat das Streben, die Wissenschaft des positiven Rechts mit gangbaren Philosophemen, besonders auch noch, sie mit dem Christenthume, wie dieses sich im Verlaufe der Zeiten gestaltete, in eine übereinstimmende Beziehung zu bringen, auf die Entwicklung des Wesens der aequitas seinen eigenthümlichen Einfluß geäußert. Jordan wollte das juristische Urtheil dem Billigkeitsgesetze gemäß eingerichtet wissen [4]. Mühlenbruch theilt in seiner dem Systeme vorangeschickten Einleitung die Erkenntnißquellen des Rechts in die geschriebenen und nichtgeschriebenen. Den letztern zählt er zu: 1. das Gewohnheitsrecht, 2. das wissenschaftliche Recht, 3. das Urtheil aus der Natur der Sache, 4. die aequitas oder Billigkeit, endlich 5. das Naturrecht [5]. Schon diese Reihenfolge läßt vermuthen, daß die einzelnen Momente, augenscheinlich aber 3—5, zu einem klaren Bewußtsein nicht aufsteigen. C. A. Albrecht hat in einer eigenen Schrift auf den mehrfachen Sinn aufmerksam gemacht, welchen Aeltere und Neuere dem Worte aequitas unterbreitet haben [6], und Schilling wies besonders fünf Bedeutungen auf, in denen die Rechtsquellen den Ausdruck gebrauchen [7]. Kierulff aber, seit welchem in den Systemen des Civilrechts eine neue Methode zum Durchbruche kam, hält dafür, der Begriff der aequitas sei eben, daß sich dies in abstracto nicht sagen lasse [8]. Das römische Recht kommt indessen als ein geistiger Organismus, dessen Gliederung die einzelnen Institute sind, zum Vorschein.

---

4) L. H. Jordan, über die Billigkeit bei Entscheidungen der Rechtsfälle. 2 Bde. Gött. 1804.

5) Mühlenbruch, Pand.Recht I. §. 42—44.

6) C. A. Albrecht, über die Stellung der Aequitas in der Theorie des röm. Civilrechts rc. Dresden und Leipzig 1834.

7) F. A. Schilling, Specimen de aequitatis notione ex sententiis juris Romani recte definienda. Lips, 1835.

8) J. F. Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. Bd. I. Altona 1839. S. 22.

Eine Schöpfung des Geistes, ein System von Gedanken muß aber in Prinzipien seinen Mittelpunkt haben, denn sonst wäre das Gedankenbild nicht vernünftig, sondern willkürlich oder zufällig. Da nun aber das römische Recht, dessen Macht und Autorität sich recht eigentlich als eine wissenschaftliche geltend machte, das bonum und aequum an die Spitze des Rechts stellt, so hat sich die römische Jurisprudenz sicher zu Bewußtsein gebracht, was sie darunter verstehe. Bei der Wichtigkeit der Frage und deren verschiedener Beantwortung von den Rechtslehrern habe ich eine neuerliche Erörterung versucht. Aber nicht eine Dogmengeschichte, ohnehin meist Geschichte der Irrthümer, beabsichtige ich, sondern eine quellenmäßige Darstellung des Wesens von aequum und bonum und ihrer Gegensätze im römischen Recht.

Die Quellen und ihre Beschaffenheit.

§. 1.

Die Ausmittlung des Begriffes von aequum und bonum, die in der Ethik und in dem klassischen Rechte eine so wichtige Rolle spielen, ist aber nicht ohne Schwierigkeit. Die Ursache davon liegt wohl in der Methode der antiken Literatur überhaupt und in der Beschaffenheit der Rechtsquellen insbesondere. Denn bekanntlich gaben die Alten statt der Definition meist den ganzen Prozeß der Abstraktion, indem sie nur in vielen Beispielen zeigen, wo sich die Eigenschaften dessen finden, was ausgemittelt werden soll. Insbesondere zeigen die Juristen eine Scheu vor der Definition wegen der Gefährlichkeit (unrichtiger) Begriffsbestimmungen [1], weil sie zu falschen Sätzen verführen. Die Methode der Casuistik beherrschet häufig die Juristenschriften, da ihr Stoff sich vielfältig bei praktischen Gelegenheiten ansammelte. Schon daraus ergibt sich, daß theoretische Winke, besonders aber Anfangs-

---

1) l. 202. D. de regul. jur. 50, 17: Omnis definitio in jure civili periculosa est.

sätze der Wissenschaft, nur gelegentlich bei den Pandekten-schriftstellern Raum finden, und selbst davon ging sicher unter Tribonians Händen noch Vieles spurlos verloren. Die Rechtsquellen versprechen daher schon von vorne herein weniger Ausbeute. Wichtig sind aber für unsern Zweck die Schriften des Cicero [2]). Zwar ist er nicht Rechtsgelehrter vom Fache, aber als rationeller Redner und Staatsmann ahnte er die Nothwendigkeit einer wissenschaftlichen Form des Rechts, ehe eine solche im römischen Recht bestund. Leider ist freilich seine Abhandlung de jure civili in artem redigendo, von Aulus Gelius bezeugt [3]), verloren, dennoch aber dürften Cicero's Gedanken, wenn gleich von ihm dem Crassus in den Mund gelegt [4]), in der Hauptsache auf uns gekommen sein. Ueberall tritt bei Cicero das Streben hervor, das Recht mit der allgemeinen Wissenschaft zu vermitteln. Hiedurch werden gerade seine Schriften recht geeignet, um auf den rationellen Standpunkt der Pandektenschriftsteller einzuleiten. Namentlich gilt dieses von der Erörterung über bonum und aequum, mit denen er sich in seinen Abhandlungen de officiis, de republica, de legibus u. a. häufig beschäftiget [5]). Er behandelt sie als das Grundelement für Sitten und Recht. Wenn es aber auf Begründung der Wissenschaft ankommt, so waren hierin die Römer nur Nachahmer. Sie benützten zu ihren Zwecken, was sie bei den Griechen fanden. Die Wissenschaft war zu Rom nicht

---

2) Ueber seine Stellung zur griechischen Philosophie. Vergl. Tennemann, Geschichte der Philosophie. Bd. V. Leipz. 1805. S. 110—134.

3) Gel. I, 22.

4) Cicero or. II, 42: omne jus civile in genera digerat, quae perpauca sunt; deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cujusque vim definitione declaret, perfectam artem juris civilis habetis.

5) Maranus, Comm. de aequitate sive justitia 1—36. Brisonius, de verborum quae ad jus spectant significatione. Wort: aequitas. — Schilling spec. de aequit. cit.

mehr Selbstzweck, sondern Mittel des Staatswesens und zu Privatvortheilen. Da aber gerade aequum und bonum recht eigentliche Prinzipien des Rechts und der Sittenlehre sind, so scheint es sicher hier geeignet, was die neuere Literatur in andern Beziehungen mit Vortheil unternommen hat, bei der Untersuchung des Gegenstandes auf die wissenschaftliche Begründung der sittlichen Nothwendigkeit bei den Griechen zurückzuführen.

Ars boni et aequi.

§. 2.

Daß die Erfahrung der Anfang aller Erkenntniß sei, ist ein Hauptpunkt in der Philosophie des Aristoteles und darin unterscheidet sie sich von der Platonischen Idealphilosophie. Aus der Erfahrung allein entspringt alles Wissen dem Stoffe nach [1]). Damit aber aus der empirischen Wahrnehmung eine wissenschaftliche Erkenntniß werde, muß die Thätigkeit des Verstandes, ὁ λόγος hinzukommen, welche das Allgemeine der Dinge aufweiset. Die Wissenschaft bedeutet einen Inbegriff systematisch zu einem Ganzen verbundener Kenntnisse. Das Einzelne erscheint in derselben als ein nothwendiges Glied des Ganzen und wird von der Idee der Einheit beherrschet. Die Wissenschaft besitzt eine Theorie. Ihr Organon ist die ἐπιστήμη λογίκη, oder die Lehre von der Wahrheit [2]), von Aristoteles als Theorie des Schließens oder der Demonstration begründet [3]), und von den Stoikern

1) Arist. analyt. prior. I. 30: τὰς μὲν ἄρχας τὰς πέρι ἕκαστον ἐπειρίας; Analyt. poster. I, 31.

2) Arist. Metaph. 4, 3. — Hegel, Encyklop. der phil. Wiss. I. §. 19 Zusatz.

3) Die logischen Schriften des Stagiriten haben in der Folge den Namen Organon erhalten. Ueber die Logik des Aristoteles Tennemann, Gesch. der Philos. Bd. III. Leipzig 1801. S. 75—106.

weiter fortgebildet [4]). Die wissenschaftliche Darstellung geht von einem Hauptgrundsatze, Prinzipe, ἄρχη aus, und an diesen schließt sich ihr Stoff, die einzelnen Erkenntnisse und Sätze, welche ihren Inhalt vollenden, als natürliche Gliederung. Die Wissenschaft trägt das Bewußtsein ihres Objektes, d. h. sie weiß es nicht nur, sondern ergründet auch seine Ursachen und stellt sich so das Gewußte als ein Nothwendiges vor [5]). Das wissenschaftliche Bewußtsein, welches die Wissenschaft ausmacht, ist absolut frei; sie kann nur in sich selbst ihre Bestimmung erhalten und durch aufgefundene Gründe Maß und Gesetz empfangen. Aeußere Autorität elidirt an sich nicht die vernünftigen Gründe der Wahrheit, also bestimmt sie auch für sich die Wissenschaft nicht. Die Methode derselben ist die Demonstration, welche einen wissenschaftlichen Schluß aus der Erfahrung macht, und wenn gleich die Darstellungsweise vom Allgemeinen zum Einzelnen und Besondern fortschreitet, so muß doch auch das Allgemeine zum Bewußtsein gebracht, durch συλλόγισμος ἐπιςτήμικος als ein Wirkliches und Nothwendiges bewiesen werden. Empirismus und Kritizismus sind daher wesentliche Momente wahrhafter, somit wissenschaftlicher Erkenntniß [6]), und durch sie wird die ganze Gedankenordnung der Wissenschaft vom Bewußtsein getragen. Darum gehört ihr auch die Begriffsbestimmung [7]), d. h. der bestimmte Begriff an, welcher den gesammten Stoff durchdringt. Das Wissen muß ferner ein geordnetes sein und darum geht die Wissenschaft durch das Mittel des Systemes zu Werke. Dessenungeachtet ist sie zu

---

4) Sext. Empir. adv. Mathem. 7. 3.

5) Arist. Analyt. poster. 1, 1: διχῶς δ'ἀναγκαῖον προγινῶσκειν; 2: ὥστε οὖ ἁπλῶς ἔςτιν ἐπιστήμη, τοῦτ' ἀδύνατον ἄλλως ἔχειν. — Hegel l. c. I. §. 12.

6) Hegel Encykl. I. §. 37. 40 ff.

6) Cicero Top. 5: Definitio est oratio, quae id quod definitur, explicat, quid sit; orat. I, 42: est definitio earum rerum, quae sunt ejus rei propriae, quam definire volumus, brevis circumscripta quaedam explicatio. — Hegel, Encykl. I. §. 163.

keiner Zeit abgeschlossen. Sie ist der lebendige Geist und ihr Lebensprozeß schreitet zu bestimmteren und zu neuen Erkenntnissen fort, welche sich als verjüngte und neue Glieder dem großen Ganzen anreihen. Wenn auf solche Art das Wissen zur logischen Form aufsteiget, ist es ein künstliches, daher die Wissenschaft selbst τέχνη, ars heißt. Die einzelnen Wissenschaften haben in der Philosophie ihren Mittelpunkt und ihren Anfang, wie diese in jenen selbst ihre empirischen Beweise sucht. Die Kunde des Rechts verdient demnach den Namen der Rechtswissenschaft, wenn sie sich an das Bewußtsein der Welt, notitia divinarum et humanarum rerum anschließt, und das Recht als eine wirkliche und nothwendige Seite derselben weiß, justi et injusti scientia [8]). Hiedurch gewinnt sie ihre Einheit und durch die philosophische Einheit gestaltet sich das Rechtswissen zu einem innerlich geschlossenen Ganzen, welches neueren und besseren Erkenntnissen stets offen liegt. Aus dem Wissen, der Zusammenstellung von Rechtssätzen wird ein Rechtssystem, welches den gesammten Stoff aufnehmen kann [9]). Dieser Stoff ist nach dem eingangserwähnten Ausspruche des Celsus das bonum et aequum [10]), deren Wesen nun ausgemittelt werden soll.

Das ἦθος.

§. 3.

Die Griechen schreiben die Einführung und Aufrechthaltung der Ordnung in der Familie dem Vater, ΔΙΣ [1]) zu,

8) §. 1. J. de just. et jur. 1, 1. Justinian hat hier die stoische Definition der Philosophie aufgenommen und dadurch angezeigt, daß die Rechtskunde ein philosophisches Wissen sein solle. — Vergl. auch Hegel Rechtsphil. §. 2.

9) Stahl, Philos. des Rechts II, 146—156.

10) l, 1. §. 1. D. de just. et jur. 1, 1. Jus est ars boni et aequi.

1) Δίς, θεῦς, θεός soll mit ζέω zusammenhängen. — Von Δίς kommt auch δίκη, was Nothwendigkeit mit sich bringt: Geschick, Sitte, Recht.

und sie bezeichnen daher den Beruf zur Gerechtigkeit wegen seines patriarchalischen Ursprungs mit dem Worte δικαιοσύνη. Sie hat einerseits in der väterlichen Fürsorge, anderseits im kindlichen Gehorsame ihre Wurzel und Herrschaft. Nach Gewinnung fester Sitze, ἔθος, tritt unter den Stammgenossen eine Sitte, τὸ ἔδος, ein, die als Inhalt der δικαιοσύνη in der Gewohnheit auf Treue und Glauben hingenommen und bewahret wird. Ein vernünftiges Leben gewinnt aber die Sittenregel erst im ἦθος. Hier wird sie die ihrer Gründe bewußte Autonomie des vernünftigen Wesens. Ihr Inhalt und zugleich ihr Grund ist die Freiheit des Willens. Diese ist nicht nur das vernünftige System seiner selbst, sondern auch dessen unmittelbare Wirklichkeit, und dies, daß ein Dasein überhaupt Dasein eines freien Willens sei, ist das Recht im weitesten Sinne [2]). Die Freiheit des Willens ist des Menschen charakteristische Würde und die Aufgabe des ἦθος richtet sich auf die Ausmittlung der Freiheit als eines Geistigen, auf den Begriff des Willens als eines Allgemeinen seinem zufälligen für sich sein gegenübergestellt. Darum begreift auch ἦθος das wesentlich Menschliche im Menschen [3]), sowie den Inbegriff der daraus abgeleiteten Regeln des Verhaltens [4]). Ihr Inbegriff in Bewußtsein, Gesinnung und Ausübung dargestellt, macht die Kunst der Gerechtigkeit aus. Das δίκαιον, als Prinzip derselben, ermittelt die praktische Vernunft ὀρθὸς λόγος [5]). Sie, deren Inhalt in dem des ἦθος aufgeht, ist Substanz des Menschenwesens, weil der Vernunft überhaupt. Nur soweit der Mensch vernünftig ist, befindet er sich im Einklange mit seinem eigenen Wesen. Wie die Vernunft überhaupt, empfängt auch die praktische Vernunft zwar den Stoff von Außen [6]), aber sein Maß und

2) Hegel Rechtsphil. §. 28. 29.
3) Hesiod. opp. 68. 78. — Plato de legg. X. S. 896.
4) Plato de legg. X, 898: τρόπων ἤθεσι καὶ ἔθεσι.
5) Plat. Pact. S. 73.
6) Aristot. Nicomach. X, 3. — Tennemann, Gesch. d. Philos. III, 290.

Gesetz findet sie in sich und von sich selbst. Sie ist, weil die Wissenschaft überhaupt, absolut, und soll das Willensfähige, d. h. freie Wesen in das richtige Verhältniß zu sich und andern bringen. Das ἦθος ist die Summe der Gesetze, aber weder für die Sinnlichkeit allein, noch Gesetz für reine Geister, sondern Regel des Menschen, wie er ist, als sinnlich-geistiges Wesen. Es gebietet das diesem entsprechende Handeln, wie dasselbe ist, daher das Wahre im menschlichen Benehmen, τὸ εἰκός. Dieses Wort, dorisch αἰκός, bedeutet zunächst das Wahrscheinliche, was den Schein der Wahrheit an sich trägt und daher für wahr zu halten ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Kriterien der Wahrheit ausschließlich durch Sinneswahrnehmung gefunden oder erschlossen worden sind. Es bedeutet εἰκός letzten Falles die Wahrheit des Gedankens. Von dieser Seite her geschah die Anwendung des Begriffes im praktischen Gebiete. Es wird damit angedeutet das, was dem Menschen für sich und in Beziehung zur Menschheit entspricht, ἐπιεικές, ὁμόλογον, ὁμολογουμενον [7]. Hieran reihte sich die Idee des Harmonischen, in das keine Ungleichheit störend eingreift, die Vorstellung sittlicher Schönheit ἴσον [8] καὶ καλὸν [9]. Das Sittliche ist daher das Vernünftige und darum Allgemeine und Nothwendige im menschlichen Verkehre, wie es aus der geistigen und physischen Natur des Menschen entspringt und gewissermaßen deren consequente Fortbildung vorstellt [10].

Institutio aequitatis.

§. 4.

Die Römer nahmen die Begriffsbezeichnung εἰκός, do-

7) Xen. symp. 8. 26; Apol 27: τῇ φύσει ὁμολογουμένως ζῆν.

8) Tucid. V, 99.

9) Homer Od. XX, 294: οὐ γὰρ καλὸν ἀτέμβειν οὐδὲ δίκαιον ξείνους.

10) Schilling Inst. I, 37. — Kierulff Theorie des Civ. Rechts I, 32. — Albrecht Aequitas S. 25.

risch αἰκός aus dem Griechischen herüber [1]) und verstanden unter aequum überhaupt Alles, was gegebenen Voraussetzungen entspricht, ihnen angemessen ist. Insbesondere bedeutet aequitas die Rationalität des menschlichen Benehmens [2]). Die Lehre vom anständigen Benehmen, institutio aequitatis, bezieht sich auf das menschliche Verhalten gegen die Götter, gegen die Abgeschiedenen und endlich gegen die Mitmenschen und ist demnach ihrem Inhalte nach entweder pietas oder sanctitas oder aber justitia, d. h. aequitas im engern und eigentlichen Sinne [3]). Auch bei den Römern verräth der Name justitia die Ableitung der Gerechtigkeit von Jupiter [4]). Sie hat es zu thun mit dem jus im weitesten Sinne, der Summe aller Berechtigung und Verpflichtung des Menschen gegen den Menschen. Bei Ausmittlung der aequitas standen vornemlich drei Wege offen. Man hätte entweder sagen können, das Bewußtsein des Sittlichen sei dem Menschen als Gefühl angeboren, er habe den Begriff des Sittlichen a priori [5]), oder man konnte zur Auffindung desselben auf empirischem Weg hinweisen [6]), oder aber man konnte die Realität der Idee des Sittlichen geradezu läugnen und behaupten, sittlich sei, was ein Volk oder seine Mehrheit dafür ausgibt [7]). Cicero gibt nun zwar zu, daß die aequitas

1) Varro de lingua lat. IV. 8.

2) Cic. de off. I, 4. 5.

3) Cic. Top. 23. Institutio aequitatis tripartita est. Una ad superos, altera ad manes, tertia ad homines pertinet. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia sive aequitas nominatur.

4) Glosse zu l. 1. D. de just. et jur. 1, 1. — Zasius enarr. ad h. l.

5) Kant, Grundlegung der Metaph. der Sitten S. 36. — Mühlenbruch Pand. Recht I. §. 1. — Puchta Cursus der Instit. Bd. I. Leipz. 1841. S. 278 nimmt an, der Geist des Rechts könne Einem als Gefühl angeboren sein, ein Anderer müsse ihn erst sich verschaffen. — Thibaut Pand. Recht. Jena 1846. Bd. I. §. 7.

6) Pufendorff Natur und Völkerrecht I, 1. §. 3.

7) Kierulff, Theorie des gem. Rechts I, 4.

von selbst einleuchte; allein dennoch dachte er an keinen reinen Vernunftbegriff, da er die Möglichkeit eines Zweifels zugibt [8]), denn wäre der Begriff des Guten und Rechten angeboren, so würde hiedurch schon jeder Zweifel ausgeschlossen. Wirklich leitete auch Cicero den Rechtsbegriff nicht aus einem aprioristischen Meinen oder aus einem Gefühle ab, sondern aus der Betrachtung der menschlichen Natur [9]). Das Sittengesetz als Inhalt der menschlichen Berechtigung ergibt sich aus der Vorstellung des Menschen als freies Wesen und in Beziehung zu seinesgleichen. Das Recht ist daher so alt, als das Menschengeschlecht selbst [10]). Auf diesem mittels der Anschauung gewonnenen Wege gelangten auch die Römer zur Entdeckung der praktischen Wahrheit, nur so war sie ihnen denkbar, da überhaupt nur so ein vernünftiges, sich seiner Gründe bewußtes Dafürhalten entsteht. Gerade durch die zugegebene Empirie der sämmtlichen Erkenntnisse mußte sich das aequum als das consequens, conveniens, necessarium vor Augen stellen [11]). Es ist jene Eigenschaft des Verhaltens, welche mit dem menschlichen Wesen als der erkannten und daher bekannten Voraussetzung im Einklange steht, die Sittenregel ist somit eine Wahrheit. Sie wird wie alle philosophische Wahrheit nur aus der ihr innewohnenden Vernunftnothwendigkeit erkannt. Sie behauptet

8) Cic. de off. I, 9. Aequitas lucet ipsa per se; honestum decorumque per se nobis placet, animosque omnium natura sua commovet. — Bene praecipiunt qui vetant agere, quod dubites aequum sit an iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se dubitatio significat cogitationem injuriae.

9) Cic. de off. II, 11; de legib. I. 5: Natura juris explicanda est nobis, eaque ab hominis natura expetenda. 13: neque opinione sed natura constitutum esse jus. 13: videtur mihi quidem certe ex natura jus ortum.

10) l. 1. D. de adquir. rer. dom. 41, 1: Jus cum ipso humano genere proditum est.

11) Cic. Top. 7. Vergl. mit l. 1. pr. D. de collatione 37, 6; ferner Cic. off. III, 17. Vergl. mit l. 40. D. de legib. 1, 3.

aber eine unläugbare Realität, wie das Menschenwesen selbst, dessen organische Fortbildung sie gewissermaßen vorstellt. Nicht der Glaube, nicht das Meinen eines Volkes, nicht der juristische Wille seiner Gesetzgeber, nicht das Dafürhalten der in einer bestimmten Zeit lebenden Menschen beweiset das Wesen der aequitas und zwar ebensowenig, als falsche Konstruktion von Einzelnen ausgehend. Die institutio aequitatis hatte die Bedeutung einer Naturlehre [12]). Das Sittliche bedarf als Vernunftwahrheit ebensowenig eines Beweises durch äußere Beglaubigung, als sie, die nur durch die Macht ihrer Gründe aufrecht steht, einer äußern Beglaubigung fähig ist.

Das Recht.

§. 5.

Die Sittenlehre, bei den Griechen die unausgeschiedene gesammte Lehre von der Praktik, zerfällt bei den Römern in zwei Theile, in das Recht und die Moral [1]). Der Mensch in seinem sinnlichen und geistigen Dasein ist Person. Diese ist der Träger aller Berechtigung und somit auch des Rechts im engern und eigentlichen Sinne. Es stellt die Besonderheit des menschlichen Willens in seiner Richtung gegen Außen dar [2]). Die Person hat das Recht, natürlich zu existiren, denn es ist zuerst das unmittelbare Dasein, welches sich die Freiheit auf unmittelbare Weise gibt [3]). Der oberste Rechts-

---

12) So scheint die Sitten- und Rechtslehre auch bei Hegel aufgefaßt zu sein.

1) Hegel schreitet in seiner Rechtsphilosophie zu einem dritten Theile fort: zur Sittlichkeit, worin er von der Familie und vom Staate handelt. Und dies ist ein Unterschied von dem antiken Gedankengang, welcher Recht und Moral nur als die zwei die Sittlichkeit ausmachenden Elemente aufweiset. Auch gibt es zur Einführung praktischer Wahrheiten zwar zwei Formen: den Selbstzwang und die äußere Gewalt aber keine dritte.

2) Hegel Rechtsphil. §. 34.

3) Hegel l. c. §. 40.

grundsatz lautet daher: sei eine Person und achte fremde Persönlichkeit. Die ars boni et aequi beweiset das Recht als die Sphäre, den Raum der geistigen und körperlichen Potenz des Menschen, seiner Wahl in ihrer äußern Zulässigkeit [4]). Es ergibt sich durch die organische Fortentwicklung des Begriffes der Person als eine unsichtbare Grenze und wieder als ein geistiges Band zwischen Menschen und Menschen. Aufgabe des objektiven Rechts ist es, das Rechtsverhältniß durch die Regel des Rechts zu bestimmen und anzuerkennen [5]). Sein Zweck ist das Interesse der Person im ganzen Umkreise der Möglichkeit und seine Richtung gegen Außen. Das von der Person Verschiedene ist das Unfreie, Unpersönliche, das für die Person und an sich Aeußerliche, die Sache [6]). Im unmittelbaren Begriffe der Person liegt das absolute Zueignungsrecht derselben. Ihr juristischer Wille kann sich jede Sache aneignen, damit aber dieses Eigenthum Besitz werde, muß es äußerlich sein, denn es macht den Besitz aus, daß wir das Außending in der Gewalt haben. Was aber der Eine als eigen besitzt, kann der Zweite nicht ergreifen, daher die Zufälligkeit das Mehr und Minder im konkreten Besitzstande. Die Entäußerung des Eigenthumes ist gleichfalls Befugniß des persönlichen Willens als Gegensatz der Besitzergreifung. Das Vernünftige und Wesen des Vertrages ist die Einheit unterschiedener Willen, in der sich also ihre Unterschiedenheit und Eigenthümlichkeit aufhebt [7]). Er ist das zwischen der Person und Person geknüpfte äußere Band des Rechts, welches den Verkehr festhält [8]). Religion, Pietät, Großmuth, Gebrauch des Eigenthumes, Wahrheit im Ver-

4) Hegel a. a. O. §. 41. — v. Savigny, Syst. des h. r. Rechts I. §. 4. 52 ff.

5) Puchta, Inst. I. §. 5. 6.

6) Hegel, Rechtsphil. §. 42.

7) Hegel a. a. O. §. 73.

8) l. 1. pr. D. de pact. 2, 14: Quid tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare.

kehre sind Seiten deß Doppelwesens der menschlichen Persönlichkeit. Da nun das Urrecht der Person deren natürliche Existenz ist, so gibt es auch eine natürliche Berechtigung, ein natura jus auf Religion, Frömmigkeit, Großmuth, Vertheidigung und Wahrheit [9]). Der Mensch kann seiner Bestimmung gemäß außer dem Staate [10]) und der Familie nicht leben; es muß daher auch ein Recht geben, einen Staat, eine Familie zu begründen. In der Idee ist das Familienverhältniß Vernunftnothwendigkeit; damit es aber ein konkretes werde, muß eine Ehe kontrahirt werden [11]). Auch die bürgerliche Gesellschaft ist Postulat der Vernunft, damit aber ein konkreter Staat werde, muß sich darauf der juristische Wille der Personen, aus denen das Volk besteht, vereinigen [12]). Wie das Band des Vertrages überhaupt, so ist auch das der ehelichen und bürgerlichen Genossenschaft insbesondere wenigstens nach klassischen Begriffen rechtliches Moment, und was man gegen die konkraktliche Natur der Ehe und des Staates vorbringt [13]), entscheidet nichts, da der Vertrag von der Vertretung natürlicher und moralischer Interessen keineswegs ausgeschlossen ist. Das Recht ist seinem Inhalte nach eine nothwendige Seite unseres Daseins [14]). Es ist unser unabweisliches Bedürfniß. Sein Endzweck ist

---

9) Cicero de off. II, 9. Natura jus est, quod nobis non opinio quaedam sed innata vis offerat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, veritatem.

10) Arist. Pol. 1, 1: οὐδὲν μέρος πόλεως ὥστε ἢ θηρίον ἢ θεός: Nur Gott und Thier können außer dem Staate sein.

11) Kant, Rechtslehre §. 24.

12) Rousseau, contr. social. — Kant, Rechtslehre §. 44.

13) Hegel, Rechtsphil. § 75. Anmerk. und Zusatz. Bezüglich des Staates auch v. Savigny System des h. r. Rechts Bd. I. §. 9. — Hinsichtlich der Ehe Puchta, Pand. §. 401 dagegen §. 402 und Sintenis in der Zeitschr. für Civ. Recht und Proz. XIX, 50.

14) l. 1. pr. D. de collatione.

die äußere Herrschaft der Rechtsregel. Ihre Verwirklichung geschieht kraft des persönlichen Willens, und wenn dieser sich des Rechtsinhaltes bemächtiget, so realisirt er ihn als Angehörung der Person äußerlich. Alles aber, was äußerlich wirket, ist auch eine äußerliche Macht, daher muß auch das Recht, und darin besteht seine Form, eine solche sein. Der auf die Rechtsverwirklichung gerichtete juristische Wille verschafft sich daher Geltung im ganzen Umfange der Rechtssphäre, und zwar im Falle des äußern Widerstandes mit Gewalt.

Pflichten.

§. 6.

Gleichwie der Bau des Rechts als Eigenheit der menschlichen Persönlichkeit deren äußere Freiheit umschließt, so hat es die Moralität mit dem innern Menschen, mit seiner Subjektivität zu thun [1]. Beide, Recht und Moral, haben die praktische Seite miteinander gemein, nur ist im Rechte die That und in der Moral die der That zu Grunde liegende Allgemeinheit des Willens das Hauptmoment. Im Recht befindet sich der Mensch als Person wesentlich in seiner eigenen Sphäre. Es wird darin die Menschheit in der Scheidung der Einzelnen durch die Rechtsverhältnisse gedacht. Es verbindet aber die geistige Natur, die Subjektivität die Einzelnen zu einer Einheit durch die Identität ihres Seins und ihrer Interessen [2]. Von der Vorstellung dieser Verbindung der Menschheit geht die Moral eben so sicher aus, als das Recht von der Trennung der Individuen. Während der Wille ferner im Recht nur durch seinen Uebergang in die Aeußerlichkeit als solcher Bedeutung hat, ist Gegenstand der Moral die innere Selbstbestimmung, die Freiheit des Willens als Idee. Dieses ist das Formale.

1) Hegel, Rechtsphilos. §. 105.

2) Cicero de legib. 1, 9.

Die That gilt nur nach dem Werthe des damit verbundenen Vorsatzes; der Wille, dessen Aeußerung sie ist, macht das Wesentliche für die Moral aus. Darum kann hier die mit dem Gesetze verbundene Nothwendigkeit nur ein Sollen sein, Selbstzwang keine äußere Nothwendigkeit, denn gerade die Subjektivität ist absolut frei. Moral und Recht widerstreben einander nicht, vielmehr verhalten sie sich zu einander wie die Vorstellung der Einzelnheit in der Person und der geistigen Verbindung der Menschheit. Der Mensch hat nach der Moral die Pflicht die Persönlichkeit und somit auch das von daher gebildete Rechtsgesetz zu achten. Die Moral hat es mit den Pflichten zu thun, das heißt mit jenen Rechten, von denen man Gebrauch machen soll. Pflicht ist ihrem Inhalte nach das, was die Vernunft als eine sittliche Nothwendigkeit aus der Subjektivität zu deduziren im Stande ist. Der Inbegriff aller Pflichten ist der Inhalt der Moral. Das sittliche Verhalten im Ganzen war κοσμίως ζῆν [3]), jedoch begründen bei weitem nicht alle Pflichtgebote für den Dritten ein Recht, eine Befugniß, ihre Erfüllung zu verlangen und im Weigerungsfalle zu erzwingen [4]). Das natura jus religionis etc. ist Recht auf Religion, auch Pflicht, aber der Dritte hat keine Befugniß, zur Religion, Pietät rc. zu zwingen. Der Mensch kann nur im Staate seine vernünftige Bestimmung erreichen; Er soll daher eine bürgerliche Gesellschaft bilden, jedoch hört ihr Wesen darum nicht auf, rechtliches Moment zu sein. Auch das Familienverhältniß, in welches freilich das moralische Motiv recht wesentlich eindringt, hat seine rechtliche Seite. Natura jus vindicationis ist merae facultatis. Der Berechtigte hat in der Regel keine Pflicht, zu vindiziren, wenn sich aber seine Persönlichkeit dafür entscheidet, so setzt sie den Eigenthumsanspruch mit Ge-

---

3) Plato Prot. S. 347. — Arist. Pol. S. 709.

4) Cicero Phil. XI, 3; Top. 7, 23. — Weber nat. Verb. §. 42. 47. 57. 59. — C. Christiansen, zur Lehre von der naturalis obligatio und indebiti condictio. Kiel 1844. §. 2.

walt durch. Aber die Erfüllung rechtlicher Obliegenheiten wird nicht nur äußerlich erzwungen, auch eine Pflicht ist die Achtung des Rechtsgesetzes in Gesinnung und That, darum soll sich der Mensch dazu auch selbst zwingen. Die praktische Vernunft gebietet hier ebenso den Selbstzwang, wie sie die äußere Gewalt gestattet, und muß auch beides, wenn die vernünftige Einheit von Moral und Recht nicht geläugnet werden will. Der äußere Zwang, dem Rechtsgesetze nachzukommen, erfolgt aber nicht, weil die Achtung des Rechtsgesetzes moralisch ist, sondern weil das Recht wesentlich eine Macht ist und mit Gewalt durchschreitet. Der Inhalt des Sittengesetzes wird in drei Imperative aufgelöset: honeste vive, neminem laede, suum suique tribue [5]). Das zweite und dritte Gebot betrifft die Achtung des Rechts und dessen Vollziehung. Das erste aber richtet sich gegen die äußere Lasterhaftigkeit und ist wesentlich, soweit es nicht in den beiden folgenden Imperativen aufgeht, moralisches Moment, das jedoch in Rechtsform überschlagen kann (§. 18). Zwischen dem sittlichen Sollen und dem rechtlichen Müssen wird unterschieden und nicht verkannt, wie der objektive Umfang der sittlchen Pflichten jenen der rechtlichen Obliegenheiten überschreitet [6]). Richtig ist aber, daß die Momente, in denen Recht und Moral sich konzentriren, nicht als eine dritte Abtheilung der praktischen Materie behandelt wurden. Sie rechtfertigen auch keine solche, denn es gibt keine weitere mögliche Gesetzesgeltung als die innere durch die Subjektivität und die von der Person nach Außen gerichtete Rechtsverwirklichung.

---

5) l. 10. §. 1. D. de just. et jur. 1, 1. — l. 10. Bas. de just. 2, 1.

6) Seneca de ira II, 27: Quis est, qui se profitetur omnibus legibus innocentem? Ut hoc ita sit, quam angusta innocentia esse? quanto latius officiorum patet quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra tabulas publicas sunt.

Die rechtliche aequitas.

§. 7.

Wir haben behauptet, daß das aequum die der Sitten- und Rechtslehre innewohnende Vernunftwahrheit sei und daraus folgt, daß die Sitten- und natürliche Rechtslehre in der institutio aequitatis nothwendig aufgehen müssen. Wirklich besagen auch die Quellen, daß es in allen Dingen, vornemlich aber im Recht, auf die aeqaitas ankomme [1]). An den Momenten des Gerechten muß sich die aequitas als Eigenschaft finden, denn es kann schlechterdings nicht sittlich sein, was nicht auch zugleich seinen Voraussetzungen angemessen wäre, so daß also justum und aequum zusammenfallen. Aequitas bedeutet auch die praktische Herrschaft der Gerechtigkeit im individuellen wie im gesellschaftlichen Leben [2]). Die sittliche aequitas befaßt sich mit den Interessen des Rechts und der Pflichten. Nach dieser Objektivität hat man die aequitas selbst eingetheilt in die moralische und juristische [3]). Im Rechte bedeutet die aequitas das sittliche Moment der Berechtigung, wie die letztere aus dem Begriffe der menschlichen Persönlichkeit fließt, das Recht selbst [4]) und zwar zunächst das ideelle Recht, was an sich Recht ist und als solches zu vermuthen steht, soweit ihm nicht derogirt worden [5]), mit einem Worte das jus naturale. Jus gentium ist anfänglich damit nicht gleich-

---

1) l. 90. D. de regul. jur. 50, 17. In omnibus rebus, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.

2) Auctor ad Herenn. III, 4: Justitia est aequitas, jus suum cuique tribuendi pro dignitate cujusque. — Cic. in Cat. IV. 1: forum, in quo omnis aequitas continetur.

3) Maranus, comm. de aequitate 1—36. — Hartmann de aequitate juridica. Kiel 1780. — Albrecht, Aequitas S. 22.

4) Cicero pro Quint. 2; de off. II, 22; — Schilling spec. aequit. S. 6.

5) l. 84 D. de hered. inst. 5, 3. — Donell. comm. jur. civ. I, 98. — Schilling l. c. S. 8.

bedeutend, denn es bedeutet das Recht, wie es in der wirklichen Praxis der alten Völker vorkam, auch das Recht der Fremden, wie es in Rom vom praetor peregrinus in dem judicium quod imperio continetur geschützt wurde [6]), welches aber bei weitem nicht überall mit dem rationellen Rechte zusammenfällt, wie denn gleich das jus gentium die Sklaverei gestattet, welche dem Vernunftrecht fremd ist [7]), ebenso die im jus gentium beschränkte Gültigkeit der pacta [8]). Später aber wurde wohl der Ausdruck jus gentium mit jus naturale oder rationelles Recht gleichbedeutend [9]). Das rationelle Recht oder die naturalis justitia beruhte nicht auf Metaphysik, sondern auf Erfahrung, war aber doch der philosophische Theil des Studiums der römischen Juristen [10]). Es ergibt sich aus mehreren Stellen, daß die Rechtsquellen unter aequitas im Recht vornehmlich die vernünftige Rechtsregel, das, was sich durch logische Nothwendigkeit als Recht darstellt, begreifen. So heißt es bei Paulus

l. 11 D. de just. et jur. 1, 1: jus naturale est, quod semper bonum et aequum est.

Wegen der Identität von aequum und justum heißen schon Ulpian und Modestin die juristische aequitas: naturalis justitia [11]), deren Imperative sich aus der Idee des Rechts entwickeln [12]). Es sind überall wirkliche Rechtssätze, welche

6) Dirksen im rhein. Museum Bd. I. S. 1—6. — Puchta Inst. I. §. 83 ff. — v. Savigny Syst. des h. r. Rechts Bd. I. Beil. I.

7) §. 2. J. de jur. nat. et gent. 1, 1. — l. 4 pr. §. 1 D. de stat. hom. 1, 5. — l. 64 D. de cond. indeb. 12, 6.

8) l. 1 D. de pact. 2, 14.

9) Cic. de off. III, 5. natura id est jure gentium continetur. Gajus I. 55. 92. 95. Dirksen im rhein. Mus. I, 8—40.

10) Hugo Rechtsgesch. §. 149.

11) l. 1 D. de just. et jur. 1, 1. — l. 13 §. 7 D. de excusat. 27, 1.

12) Thibaut Pand. Syst. Jena 1846. Bd. I. §. 9. läugnet die strenge Scheidung der Moral und des Rechts in den römischen

die Rechtsquellen als Ausflüsse der aequitas bezeichnen. So die Eigenthumsklage [13]); die obligatio, welche vinculum aequitatis heißt [14]); die Befugniß der Veräußerung der Rechte [15]); daß man sich ohne Rechtsgrund nicht zum Schaden eines andern bereichern dürfe [16]). Wenn in gewissen Rechtsverhältnissen zwei Klagen bestehen, so fällt nach der aequitas, wenn eine Klage zum Ziele führte, die andere hinweg [17]). Man sieht aus diesen und andern in den Rechtsquellen als Momente der aequitas begriffenen Materien sogleich, daß ihnen nicht Motive der Nächstenliebe unterliegen, sondern daß sie vielmehr unverkümmerte Rechtsregeln, aequitas jure naturae, darstellen. Diese und keine andere Bedeutung der juristischen aequitas belegen endlich auch noch die Basiliken, welche für das Recht aequum mit justum identifiziren [18]).

Aequitas als Vergeltung.

§. 8.

Wie wir sehen, begreifen die Klassiker das ganze Sittengesetz, die Rechtsquellen aber besonders das ganze Rechtsgesetz, sofern es vernunftmäßig gebildet, unter aequitas. Dennoch aber sind es vorzugsweise gewisse Richtungen der menschlichen Thätigkeit nach dem Sittengesetze, welche man

---

Quellen. Vergl. auch v. Savigny Syst. des h. r. R. Bd. I. §. 59 a. E.

13) l. 19 D. de captitiis 49, 15.

14) l. 95 §. 4 D. solut. et lib. 46, 3.

15) l. 9 §. 3 D. de adquir. rer. dom. 41, 1.

16) l. 17 §. 4 D. de inst. act. 14, 3. — l. 6. §. 2 D. de jur. dot. 23, 3. — l. 206. D. de regul. jur. 50, 17. — W. Sell, Versuche Bd. I. N. 1.

17) l. 34 D. de oblig. et act. 44, 7. — l. 1. C. de furt. et serv. corrupt. 6, 2.

18) l. 11 Bas. de just. et jur. 2, 1. Δίκαιον (φύσικον) λέγεται τὸ ἀεὶ καλὸν καὶ δίκαιον.

als aequitas bezeichnet. Zuvörderst gehört hieher das Recht und die Pflicht der Vergeltung und Reciprocität. Ein Prinzip der alten Ethik war, Gleiches mit Gleichem vergelten [1]. Man dachte sich dabei die Potenz der aequitas als das aequilibrum justitiae [2], welches die Vergeltung erheische, die Vergeltung des Guten wie die des Bösen [3]. Diese Richtung der aequitas bringt in beiden Beziehungen Pflichten mit sich, und sogar Rechtspflichten, d. h. nöthigenfalls erzwingbare Pflichten. Es besteht die Pflicht, Gutes mit Gutem zu vergelten und das Recht, Uebel mit Uebel aufzuwägen. In der Vergeltung des Guten ist das Pflichtengesetz, in der des Bösen aber das Moment des Rechts vorherrschend. Dennoch aber korrespondiren auch in jenem Verhältnisse der Pflicht Forderungsrechte. Hieher gehört die Geschäftsführung nach dem Satze

> l. 206 D. de regul. jur. 50, 17: Jure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius fieri locupletiorem.

Wer Jemanden Dienste leistet, wozu er nicht verpflichtet ist [4] und ihn dadurch bereichert, oder wenn er dadurch seinen Schaden abwendet, tritt mit dem Andern in ein dem Vollmachtvertrage ähnliches Verhältniß [5]. Er verpflichtet sich dem Dritten und wird ihm verpflichtet quasi ex contractu [6]. Vermöge dieses Obligationsnexus, wel-

---

1) Plut. 1133: ἴσον ἴσῳ φέρειν.

2) Kress, de aequitate. Helmst. 1731. §. 17. — Albrecht, Aequitas S. 15.

3) Cicero partit. 37: Aequitatis vis est duplex: cujus altera directo et veri et justi et ut dicitur aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia in injuria punitio nominatur.

4) Tit. de negot. gest. Dig. 3, 5; Cod. 2, 19. Tit. Inst. de oblig. quasi ex contractu 3, 27.

5) l. 9 l. 10 §. 1 D. de neg. gest. 3, 5.

6) pr. J. de obl. quasi ex contr. 3, 27.

cher aus der Idee des Rechts fließt, jure naturae aequum est, erhält der negotiorum gestor seine Auslagen cum omni causa erstattet, soweit er den dominus negotii bereicherte, oder ihm Ausgaben, zu denen er gehalten gewesen, bestritt [7]), gleichwie der Geschäftsführer auch selbst quasi ex contractu für Arglist und Fahrlässigkeit haftet [8]) und dem Geschäftsherrn das verwaltete Vermögen gleichfalls cum omni causa nach Abzug seiner Schadloshaltung ausliefert [9]). Aus der sittlich-rechtlichen Idee der Vergeltung konstruirte sich ferner die Pflicht des Clienten zum Ersatze der vom Anwalte verlegten Prozeßkosten [10]); das Recht des Ehemannes auf die Nutznießung des Heirathgutes, weil er auch die Lasten der Ehe bestreitet, zu deren Tragung doch der andere Ehetheil mit verpflichtet ist [11]); daß Legate über die Größe der dadurch begründeten Vortheile nicht belastet werden können [12]). Das Vergehen gegen die Pflicht der Vergeltung des Guten wenigstens mit dankbarer Gesinnung, die Vergeltung der Wohlthaten mit Undank berechtiget nach Umständen zu deren Revokation [13]) und verwickelt den Undankbaren in Rechtsnachtheile, die sonst unstatthaft wären [14]). Aus dem aequilibrum justitiae ist auch die Gerechtigkeitstheorie des Pönalsystemes hervorgegangen [15]), die in ihrer mißverstandenen Konsequenz in den XII Tafeln zum jus talionis erstarrte. Es fließet daraus aber auch die Verbind-

7) l. 19 §. 4 D. neg. gest. 3, 5. — l. 18 C. eod. 2, 3.
8) l. 3 §. 9 D. eod. 3, 5.
9) l. 31 §. 3 D. negot. gest. 3, 5. — l. 13 §. 1 D. de usur. 22, 1. — Puchta, Pand. Leipz. 1844. S. 328.
10) l. 46 §. 6 D. de procurat. 3, 3.
11) l. 7 pr. D. de jur. dat. 23, 3.
12) l. 70 §. 1 D. de legat. II.
13) l. 10 C. de revoc. donat. 8. 56. — v. Savigny, Syst. des h. r. Rechts IV, 229 ff.
14) Nov. 115. §. 1—8. — Puchta, Pand. §. 492.
15) Hegel, Rechtsphil. §. 102 f. — Klenze, Lehrbuch des Strafrechts S. X—XVII. — v. Savigny l. c. §. 9.

lichkeit zur Genugthuung für zugefügten Schaden. Die actio ex lege Aquilia wegen arglistiger [16]) oder schuldhafter [17]) Verletzungen; die Injurienklage [18]) wegen absichtlicher Beschimpfungen [19]) sind, soferne sie auf Entschädigung gehen, Postulate der die Vergeltung fordernden rechtlichen aequitas.

Rechtsgleichheit.

§. 9.

Man hat behauptet, aequitas bezeichne die Rechtsgleichheit der dem Gesetze unterworfenen Individuen [1]). Gleichheit der bürgerlichen Rechte galt zwar als ein Satz der griechischen Staatslehre [2]), aber auch in das römische Rechts- und Staatsleben soll er übergegangen sein und zum Belege werden mehrere Stellen aus Cicero und dem klassischen Rechte angeführt [3]). Die meisten der angeführten Belegstellen berühren aber nur den Satz, daß das Recht mit sich einig sei und ein Verschiedenes nicht sein könne, daß es also auch für Eine Thatsache keine zwei Rechtsansichten gebe. Wirklich ist auch in Rücksicht der Einheit der Rechtsidee undenkbar, daß zwei identische Rechtsfälle ein abweichendes juristisches Urtheil erfahren. In dieser Beziehung unterliegt daher der Lehre des röm. Rechts aller-

---

16) l. 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

17) l. 5 §. 1 D. h. t. 9, 2.

18) §. 9 J. de injur. 4, 4. — l. 7 §. 8 l. 8. 9. 21. 37 §. 1 D. de de injur. 47, 10.

19) l. 15 §. 25 D. de injur. 47, 10.

1) Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Gieß. 1813 S. 475; dessen Encyklopädie und Methodologie Stuttg. 1829. S. 624—30. — Mühlenbruch, Pand. Recht I. §. 43.

2) Xen. Helliod. VII, 45, 14: πολιτεία ἐπι τοῖς ἴσοις καὶ ὁμοίοις.

3) Cicero Top. 2; pro Caecina 27. 28; de invent. I, 2; Lael. 5. l. 20 D. de re jud. 42; 1. — etc.

dings die Idee der sogenannten Gleichheit der Rechte [4]). Aber auch in einem andern Sinne gehört der Gedanke einer Gleichheit der Rechte der römischen Staats- und Rechtslehre an. Diese gewinnt nämlich ihren Stoff aus der Vorstellung des Menschlichen, welches sich in jedem Einzelnen, privus, wiederfindet. Es ist daher jeder Einzelne in seiner Rechtssphäre, Einer wie der Andere, befugt, denn seine Rechtssphäre gehört dem Einen wie dem Andern [5]). Aequitas in dieser Beziehung bedeutet somit die gleichheitliche Betheiligung eines jeden Menschen an der aus dem Menschlichen überhaupt fließenden Idee des Rechts [6]). Diese als eine Vernunftnothwendigkeit erkannte gleichheitliche Betheiligung aller Menschen an der Idee des Rechts führt zum Schlusse einer wirklichen Rechtsgleichheit Aller, soferne im konkreten Falle nicht ein vorzüglicheres jus quaesitum nachgewiesen zu werden vermag. Die Vermuthung der Rechtsgleichheit tritt namentlich für das Gesellschaftsverhältniß ein, wenn nicht Einer oder der Andere der Socii ein besseres Recht für sich begründete [7]). Daß aber die Rechtssphäre aller Menschen gleich groß sein solle, widerspricht selbst dem Einzelrecht, jus privi, privatum [8]), welches dadurch ganz untergehen würde. Rechte sind nämlich veräußerlich und erwerblich. Die Dispositionsbefugniß ist aus der Natur des Menschen als ein menschliches Urrecht zu erschließen. Rechtserwerbung und Veräußerung als Aus-

---

4) Hegel Rechtsphil. §. 49 Anmerk.

5) Cicero de off. I, 19: Difficilime autem est, cum praestare omnibus concupieris, servare aequitatem, quae est justitiae proxima; II, 12: ad unum aliquem confugiebant virtute praestantem, qui quum prohiberet injuria teniores aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Jus semper quaesitum est aequabile, neque enim aliter esset jus.

6) Schilling spec. aequit. S. 5.

7) l. 3 C. pro Socio 4, 37.

8) Daher privilegium Einzelgesetz, lex zu Gunsten oder zum Nachtheile Einzelner.

fluß des natürlichen jus privi verändern aber nothwendig den Rechtszustand der Handelnden; ihre Rechtssphäre wird eine andere, größer, kleiner. Im rechtlichen Verkehre selbst geht also die Gleichheit der Rechtssphären der Einzelnen, die aequabilitas juris quaesiti, vielfach unter. Es kann daher, soferne einmal Besitz, Eigenthum, Verkehr als rechtliche Momente Anerkennung finden, die wirkliche Gleichheit der rechtlichen Vortheile aller Menschen kein Postulat der praktischen Vernunft bleiben, auch nicht im Staate, wenn er nicht das jus privi vernichten will, wie es Sparta vernichtete. Das röm. Recht verlor niemals das Bewußtsein des Einzelrechts, vielmehr prägte es dasselbe recht sorgfältig aus. Sogar der Staatswille ist hier nur Zusammentreffen des Einzelwillens, selbst der Form nach nichts als erklärter Einzelwille Aller oder der Meisten [9]). An der bürgerlichen Gesellschaft kann die Betheiligung der privi eine verschiedene sein, wie ihre Rechtssphäre überhaupt. Dennoch aber unterlag der republikanischen Form, und zwar nothwendig, wenn sie nicht in eine andere umschlagen sollte, die Ansicht der gleichen Berechtigung jedes Bürgers an der allgemeinen Gesellschaft, wenn gleich Einer vor dem Andern sein Recht mit größerm Erfolg benützte und zur Geltung brachte.

Bonum.

§. 10.

Das Gute, bonum, ist entweder ein äußeres, das Nützliche oder ein ethisches Moment, das sittliche Gute,

---

9) Anders Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I, 1 — 6. Allein seine Darstellung paßt nur auf den faktischen Zustand unter der Imperatur, nicht auf die republikanische Zeit; ja selbst die Imperatur erkannte wenigstens der Theorie nach die Persönlichkeit des Einzelnen im Staate als ein rechtliches Moment an.

τὸ καλὸν, das Angemessene, das sittlich Uebereinstimmende, Schöne. Ἀγαθός von ἄγαν bedeutet das Gute in einem höhern Grade, das Treffliche, und kann in Absicht auf das Recht nicht gebraucht werden. Allerdings aber bedeutet καλός auch das Gerechte im juristischen Sinne [1]). Es ist damit die Rechtschaffenheit des Charakters ausgedrückt, welche nach der Verwirklichung des Rechtsgesetzes strebet. Daher heißt der öffentliche Beamte, welcher seine Aufgabe gewissenhaft löset, bonus magistratus, bonus judex, die Rechtschaffenheit selbst aber ad legem bonum esse [2]). Es tritt das bonum an den Organen des Rechts hervor als die zweckmäßige Richtung ihrer Wirksamkeit, daher der bonus magistratus immer gerecht sein muß, denn würde er es nicht sein, das heißt Unrecht wirken, so wäre er nicht mehr bonus magistratus. Nicht nur die Rechtschaffenheit der Gesinnung und die rechtmäßige Wirksamkeit des Rechtsorgans wird als bonum bezeichnet; das Recht selbst ist nach Paulus das semper bonum et aequum [3]), daher die Disciplin der Gerechtigkeit ars boni et aequi [4]). Die Glossatoren behaupten aber an vielen Orten, bonum, welches so häufig in Verbindung mit aequum vorkommt (§. 11) sei von diesem verschieden, und nicht jedes Gesetz, welches die Merkmale der aequitas an sich trage, sei auch lex bona zu nennen [5]). Zum Nachweise wird sich auf Gesetzesstellen bezogen, woraus der Unterschied klar hervorgehen soll. Vorderſamst ist diese l. 32 in fine D. de reb. cred. 12, 1.,

---

1) Cicero de legib. I, 18: boni viri ipsam aequitatem et ipsum jus ament.

2) Seneca de ira II, 27; vergl. §. 5 a. E.

3) l. 11 D. de just. et jur. 1, 1.

4) l. 1 §. 1 D. de just. et jur. 1, 1. — Vergl. auch §. 2 oben.

5) Glossa: Jus est ars zur l. 1 D. de just. et jur. 1, 1. — glossa: vel injuria zur l. 1 D. de negot. gest. 3, 5. — Glossa: Nam hoc natura zur l. 14 D. de cond. indeb. 12, 6. — Glossa bona publico zur l. 1 D. de usurp. 41, 3.

wo Jemand durch einen Bevollmächtigten fremdes Geld ausleiht und dadurch Gläubiger des Schuldners wird, ungeachtet der Schuldner meint, das Darlehen rühre von Titus her. Sodann l. 1 D. de usucap. 41, 3, wornach die Ersitzung pro bono publico eingeführt ist. Dieses Institut soll aber nicht aequum sein, da der Besitzer zum Nachtheile des Eigenthümers bereichert werde. — Die Glosse spricht sich zwar über den angeblichen Unterschied von aequum und bonum nicht recht klar aus; es scheint aber doch, daß unter bonum der Inhalt des Sittengesetzes gemeint werde, soferne seine Erfüllung nach ratio naturalis nicht erzwingbar ist. Allein die angezogenen Sätze sind wirkliche Rechtsgrundsätze. Auch die Ersitzung ist auf einen solchen zurückzuführen [6]). Es hat auch Zase schon die Unterscheidung der Glossatoren getadelt. Er ist aber von der richtigen Spur abgekommen, indem er behauptet, bonum sei das transcendens im aequum [7]). Er selbst machte daher wieder einen Unterschied zwischen bonum und aequum, da das Uebersteigende nothwendig ein Anderes sein muß, als das, was es übertroffen hat. Hauptsächlich aber ist diese Ansicht tadelnswerth, weil zwar in der Moral eine höhere Vollkommenheit denkbar ist, nicht aber im Recht. Es gibt hier nur Recht und Unrecht. Etwas, was mehr Recht wäre, als eben das Recht, ist undenkbar. Wenn daher bonum Recht bedeutet, so kann es kein Recht höhern Grades anzeigen. Es ist auch nur das eine Recht und kann kein zweites sein, denn jedes Andere, was kein Recht wäre und dennoch in Form Rechtens d. h. mittels Zwanges eingeführt werden wollte, wäre Unrecht und könnte daher unmöglich gut, bonum im juristischen Sinne, nicht καλὸν καὶ δίκαιον sein, nicht der Gerechtigkeit entsprechen [8]).

---

6) Kierulff, Theorie des Civilrechts I. 186.

7) Zasius, enarrat. ad l. 1 D. de just. et jur. §. 11—13.

8) Die l. 11 D. de just. et jur. 1, 1 wird l. 11 Bas. eod. 2. 1 so übersetzt: Δίκαιον λέγεται τὸ ἀεὶ καλὸν καὶ δίκαιον. Es sind hier

Aequum et bonum

§. 11.

Sehr häufig gebrauchen die Rechtsquellen das bonum verbunden mit aequum. Es werden beide von Modestin sogar in Eins verschmolzen und so der ratio juris an die Seite gestellt.

l. 25 D. de legib. 1, 3: Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ... contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Dies will wohl heißen: Es widerspräche dem Inhalte des gesagten Rechts wie der Milde natürlicher Gerechtigkeit, das gegen die menschlichen Interessen in Härte zu verwandeln, was wohlmeinend zum Heil der Menschen eingeführt worden [1]. Der vorstehende Ausspruch des Juristen verlangt nur, was die Vernunft, insbesondere die Rechtsvernunft gebietet, daß der Imperativ des Rechts, welches äußerlich herrschen soll, unverfälscht in die Praxis übergehen müsse und ihm kein Anderes untergeschoben werden dürfe. Die aequitatis benignitas will daher nur rechtliche Vernunftnothwendigkeit, wie denn auch Cicero bonum et aequum mit verum et justum identifizirt [2]. Es sagt ferner Papinian lib. V. responsorum, der im väterlichen Testamente übergangene Haussohn könne das Testament anfechten und dann falle es mit allen Nebenbestimmungen zusammen, namentlich zessiren die angeordneten Freilassungen und Vermächtnisse. Unterlasse aber der Sohn die Anfechtung, so werde das Testament ex aequo et bono vollzogen, obwohl

---

καλὸν und δίκαιον offenbar als Eins und Dasselbe genommen, als die Merkmale der rechtlichen Dinge.

1) Sintenis im deutsch. Corp. Juris I, 343 übersetzt juris ratio mit Rechtsgrund, was Grund des positiven Rechts bedeutet, wie es neben der Milde natürlicher Gerechtigkeit sich konstituirte.

2) Cicero partit. c. 37.

die subtilitas juris seine Hinfälligkeit statuire [3]). Ferner sagt Gajus lib. I. de testam. ad edictum praetor:

l. 16 D. de condit. et demonstrat. 35, 1: In his, quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex aequo et bono interpretationem capere: ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri.

Nach dieser Gesetzesstelle soll in dem dem Juristen vorgeschwebten Erbrechtsfalle [4]) das Testament als geschriebenes Recht, scripti juris ratio [5]), strenge nach seiner aus ihm hervorgehenden Absicht vollzogen, im Uebrigen aber sollen

---

3) l. 17 D. de injusto, rupto, irrit. facto testamento 28, 3: Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis advocavit. Quod si bonis se patris abstinuit: licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur. Averan behauptete, das Testament werde hier jure praetorio geschützt, Cujas aber leitet diesen Schutz aus dem Civilrecht ab. Deutsch. Corp. Jur. III, 89. Note 82. Nun ist aber das Testament in seiner rechtlichen Form vor 7 Siegelszeugen selbst ein Institut des prätorischen Rechts und kann daher nicht durch das Civilrecht geschützt werden. Das aequum et bonum bedeutet aber hier auch nicht das Honorarrecht und kann es nicht bedeuten, denn dieses rettete kein Testament, in welchem der Vater sein Kind grundlos übergangen. Papinian hat nur im Auge, daß das Recht überhaupt nur durch den juristischen Willen, der sich seines Inhalts bemächtiget, zur Verwirklichung kommt. Auch die Reszissionsklage ist ein Recht und ihre Anstellung keine Pflicht. Hat der übergangene Sohn die Anfechtung, was er allerdings durfte, unterlassen, so darf auch der Richter das unangefochtene Testament nicht von Amts wegen kassiren, sondern es muß nach der Natur des Rechts, ex aequo et bono, die gesetzlich nichtige Verordnung aufrecht bleiben.

4) Vergl. den casus des Vivianus.

5) Das scripti juris ratio kann mit Hinblick auf l. 69 D. de legat. III. nicht in der gewöhnlichen, sondern nur in der obigen Bedeutung gebraucht worden sein.

die Imperative des allgemeinen Rechts, wie sie auf die Natur des gegebenen Falles quadriren, zur Anwendung gebracht werden. Weiters spricht Paulus lib. 17 ad Plaut. von der mora debitoris [6]) und bekennt

> l. 91 §. 3 D. verb. oblig. 45, 1: . . esse hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub autoritate juris scientiae perniciose erratur.

Der Jurist deutet an, daß das positive Recht darüber einen verlässigen Aufschluß nicht gebe, und das Verhältniß daher nach seiner rechtlichen Natur zu beurtheilen sei [7]) und daß unter diesen Umständen der Nomolog gefährlichen Irrthümern ausgesetzt sei, wenn er auf das Positive allein reflektiren wolle. Hier wie an andern vielen Stellen (§. 7) ergeben sich aequum et bonum als rein rechtliche Momente, nicht aber bedeuten sie ein etwa ausnahmsweise in Rechtsform auftretendes Element der Moral. Es ist das Gute im Recht die aequitas und das rechtliche Gleichgewicht ist wieder nichts als das juristische bonum, so daß also beide einander nicht steigern, sich auch in ihrem ursprünglichen Charakter in Absicht auf die Seite des Rechts nicht verändern, sondern als wesentliche Eigenschaften des objektiven

---

6) Glück, Komment. IV, 411. 330.

7) Das aequum et bonum bedeutet nicht den Gegensatz des jus civile im gesetzten Rechte selbst: die aequitas praetoria. Aequum et bonum werden verbunden überhaupt nicht im Sinne des Honorarrechts gebraucht. Hier aber geht dies aus der l. 91 §. 3 selbst hervor. Zwar wird von der juris scientia gesprochen, aber damit ist hier das Wissen des gesetzten Rechts überhaupt gemeint, denn die Regeln der mora gehören nicht dem Civilrecht, sondern dem Edikte an. Dieses hat indessen über den konkreten Fall keinen zureichenden Aufschluß gegeben, darum mußte der Jurist auf das aequum et bonum rekurriren. Nur der freie Rechtsbegriff ist gemeint, denn hätte das Edikt entschieden, so hätte Julian nach dem Edikte ohne weiters zu verfahren gehabt, nicht schwanken, und nicht nach der innern Wahrheit der Rechtsansicht probabilitas sententiae fragen können.

Rechts an sich einander nur ergänzen und genauer bestimmen, indem man bei dem bonum vielleicht an die Gewährschaft der Redlichkeit dachte, welche in den positiv nicht bestimmten Fällen dem freien Rechtsbegriffe, der aequitas zustrebet.

Aequitas als Billigkeit.

§. 12.

Zwischen Gerechtigkeit und Wohlthätigkeit soll gleichsam in der Mitte stehen die Billigkeit, nämlich die Tugend, welche die Ausübung juristischer Rechte nach ethischen Pflichten gegen Andere ermäßiget [1]). Sie fällt keineswegs mit der natürlichen Gerechtigkeit zusammen, wiewohl Manche ihre Imperative ausschließlich der des wesentlichen Rechts zum Theil unter aequitas verstehen [2]). Das, was man gewöhnlich Billigkeit nennt und zwischen Recht und Moral stehen soll, kann keines von beiden sein und ist auch keines von beiden, obwohl es beide in sich zu vereinen strebet. Die Billigkeit unterscheidet sich von dem Rechte durch die Aufnahme der Liebespflichten und von der Moral durch ihre äußere Erscheinung in Rechtsform. Die Billigkeit soll aber doch die Quelle des Ediktenrechts gewesen und durch sie die obligatio naturalis gegenüber dem jus civile zum Vorscheine gekommen sein [3]). Die sogenannte Naturalobligation ist nun zwar allerdings Ausfluß der aequitas [4]); allein sie ist ein durch das Rechtsgesetz anerkanntes Moment, wesentliches Recht und gehört somit der aequitas juridica an. Die Billigkeit dagegen, welche bald als Recht, bald

---

1) Schmalz, Handbuch des röm. Privatrechts. Königsberg 1801. §. 47.

2) J. G. Baver, de aequitate a justitia naturali diversa. Lips. 1765.

3) Hellfeld, jurisprud. forens §. 26. — Glück, Comment. I. 192. — Schweppe, Privatrecht I, §. 38.

4) l. 95 §. 4 D. de solut. 46, 3.

als Moral hervortritt, ohne es wesentlich oder förmlich zu sein, bedeutet zwar ursprünglich nichts anderes, als Gesetzmäßigkeit [5]), dennoch aber haben die Alten das Wort aequitas auch als Gegensatz des Rechts genommen und verstehen unter aequitas auch das Verhalten des Menschen zum Menschen nach den Regeln der Moral in ihrer Unterschiedenheit, in ihrem Kampfe gegen die rechtlichen Befugnisse [6]). Das Wesen der Billigkeit wird als ein Zurücktreten vom vollen Gebrauche aller erworbenen Rechte beschrieben und erschien daher als ein Nachlassen von der Strenge des Rechts [7]), als eine temperatio juris [8]). Wie das ethische Gesetz der Pflichten mit der Reihe der erzwingbaren Obliegenheiten überhaupt nicht abgeschlossen ist, sondern noch weitere Pflichten als die des Rechts aufstellt, so gelangt auch die Billigkeit auf dem rechtlichen Boden nicht zum Abschlusse, sie geht darüber hinaus und fordert Erfüllung weiterer Obliegenheiten, als die der rechtlichen. Nun hat man zwar allerdings die Befugniß der Erfüllung des Pflichtengesetzes in seinem ganzen Umfang, man hat das Recht, auch in diesem vollen Umfange der Bedeutung billig zu sein; aber kein Recht, dem Andern solche Billigkeit aufzulegen, sie von ihm zu fordern, die Erfüllung rein sittlicher Obliegenheiten durch äußeren Zwang zu bewirken. Wer recht handelt, thut, was er muß; wer der Billigkeit fröhnt, zwar nur, was er nach dem Pflichtgesetze soll, aber doch mehr, als er nach dem Gesetze des Rechts muß. Da indessen die Moral überall nur mittels Selbstzwanges herr-

---

5) Albrecht, Aequitas S. 18.

6) Terentius, Adelph. I, 1. 26: Jus est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae de jure multum remittit.

7) Schilling, spec. aequit. S. 11.

8) Alb. Bolognetus de lege, jure et aequitate sive justitia Romae 1570 S. 4—7. — Maranus, comm. de aequitate sive just. S. 8—10. Donellus, comm. jur. civ. I, 13 §. 11 — 14. — Zasius enarr. ad l. 1 D. de just. et jur. §. 14.

schet und nur das Recht mit der Waffe äußerer Gewalt sich umgürten darf, so wäre auch die äußere Erzwingung des Moralgesetzes unter der Aegide der Billigkeit selbst rechtswidrig; ein solcher Zwang würde das Recht dessen verletzen, der zur Erfüllung von Billigkeitsimperativen gezwungen werden wollte, die nicht ohnehin Rechtssätze, juristische Billigkeit wären [9]). Aus der Billigkeit, soweit sie nicht wesentliches Recht ist, Vollziehung des Rechtsgesetzes will, können keine Rechte abgeleitet werden [10]), und wir finden auch in der röm. Jurisprudenz dergleichen Moralsätze als wirkliche Rechtsquelle nirgendwo benützt oder anerkannt [11]).

Bonum et aequum und ratio naturalis.

§. 13.

Die Glosse behauptet: ratio id est jus [1]); dies will wohl sagen, die Rechtsvernunft sei das objektive Recht, wie es sein sollte. Neuere betrachten die ratio naturalis als Vermögen der Gesetze [2]), als Schöpferin des Rechts [3]), als Quelle des sogenannten Naturrechts, jus gentium, auch natura jus. Das objektive Recht liegt aber ebensowenig wie das Sittengesetz als ein fertiges Ganzes in der praktischen Vernunft. Es sind vielmehr nur die Voraussetzun-

---

9) Wenn Modestin l. 25 D. de legib. 1, 3 sagt: nulla juris ratio aut aequitatis benignitas permittit etc., so meint er damit nicht die Billigkeit im obigen Sinne, sondern die Idee des Rechts im Gegensatze zum Inhalte des geschriebenen Rechts.

10) Kierulff, Theorie rc. I, 24.

11) v. Weyhe, allg. deutsch. Privatrecht. Gött. 1815. §. 69.

1) Glossa ratio ad l. 64 D. cond. indeb. 12, 6.

2) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten S. 36. — Fichte, Kritik der Offenbarung §. 2. — G. Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts §. 13.

3) Roßhirt in der Zeitschr. für Civil- und Crim.Recht I, 123. — Albrecht, Aequitas rc. S. 33.

gen anschaulich, an welche sich die Idee der Befugnisse und Pflichten knüpft (§. 3 — 6). Die praktische Vernunft schafft daher nicht das Recht, sie gibt auch kein Gesetz; sie sucht und findet nur die Regel des Verhaltens aus der Betrachtung des Menschen und seines Verhältnisses. Das Gesetz ergibt sich nach diesen erkannten Prämissen als logische Nothwendigkeit, necessarium, consequens, mithin durch sich selbst. Es ist somit auch die Vernunft nur das Vermögen der Erkenntniß der Gesetze[4]), und soferne die Untersuchung des Rechts zu einem mit dem Merkmale der Wissenschaft versehenen Rechtsbewußtsein führt, die Fähigkeit zur ars boni et aequi. Die ratio naturalis ist Vermögen der Wissenschaft überhaupt, und soferne die Erkenntniß des Rechts ein Zweig der Wissenschaft im Allgemeinen ist, auch Vermögen der Rechtswissenschaft. In dieser Weise gedacht allein ist die ratio Mutter des Rechts und der dieses in seiner Reinheit, so wie es sein soll, ausdrückenden aequitas [5]). Es tritt offenbar in der antiken Auffassung der Rechtsvernunft die ratio naturalis als natürliche Erwägung, als Erkenntnißmittel des Rechts hervor und setzt sich somit dem Recht, welches nur ein Ergebniß von Voraussetzungen ist, als etwas Anderes voran. In dieser Weise faßt Gajus die ratio auch noch in einer weiteren Stelle auf [6]); nicht minder Justinian pr. J. de nuptiis 1, 10 mit den Worten: Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, ut jussus parentis procedere debeat (nuptiis filiifamilias). Die ratio führt zur Erkenntniß des Schicklichen, im Rechte dient sie zur Erkenntniß derselben, und an der vernünftigen Sitten- und Rechtsregel findet sich

4) Cicero de invent. I, 5.

5) Gajus l. 1 D. de adquir. rer. dom. 41, 1: (Jus gentium) naturali ratione inter omnes homines peraeque servatur.

6) l. 7 §. 7 D. eod. 41, 1: naturalem rationem efficere, ut qui materie dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materiae factum sit, quia sine materia nulla species effici possit.

das bonum et aequum als Eigenschaft. Die ratio stellt aber gerade wegen ihrer Vernunftgemäßheit die praktische Regel auf, deren Wesen die Rationalität ist. Eben darum wurde der Rechtsbegriff selbst als ratio juris aufgefaßt [7]). Es sind hier Erkenntniß und Erkanntes identifizirt, weil der Inhalt beider nothwendig derselbe sein muß. Diesen und keinen andern Sinn hat das ratio aut aequitatis benignitas in l. 25 D. de legib. 1, 3, gleichwie auch ratio in l. 64 D. condict. indeb. 12, 6 nichts anders bedeutet, als den rechtlichen Begriff von Schuld und Nichtschuld. Insoferne ratio aber auch mit dem Pflichtengesetze sich befaßt, ist sie nicht Rechtsvernunft, sondern gleichwie die aequitas selbst juridica und moralis ist, gehört sie dann ihrer Gegenständlichkeit nach in eine andere Sphäre. Von der naturalis ratio unterscheiden die Quellen die ratio civilis [8]), nämlich das Vernünftige von dem Standpunkte einer bestimmten Nation aus und für ein einzelnes Volk, wie sie Mutter der rechtlichen Autonomie in einem oder dem andern Rechtsinstitute werden kann und geworden ist, ohne zunächst wesentlich von natürlichen Rechtssätzen ausgegangen zu sein.

Aequitas constituta.

§. 14.

Demjenigen, was an sich Recht ist, setzt Cicero noch zwei Quellen der aequitas an die Seite. Das Recht durch Staatsgesetzgebung und Sitte [1]). Der Volksgeist ist es, welcher das positive Recht erzeugt, das also für das Be-

7) Kierulff, Theorie ꝛc. I, 25.

8) Vergl. Obiges pr. J. de nuptiis 1, 10. Sintenis übersetzt im deutsch. Corp. Jur. I, 12 das civilis und naturalis ratio als bürgerlich rechtlichen und natürlichen Grund.

1) Cicero, Top. 23: Institutio aequitatis tripartita est; una pars legitima, altera conveniens tertia moris vetustate confirmata.

wußtsein jedes Einzelnen im Volke nothwendig ein und dasselbe Recht ist [2]. Volksrecht ist Eigenheit der Nation, in welcher es lebt. Man bringt sich aber dieses Recht nicht zum Bewußtsein, wenn man seine Naturwüchsigkeit annimmt, es sofort als Nothwendiges betrachtet, weil es sich als Wirkliches vorfindet, ohne nach Beweisen seiner Berechtigung zu fragen. Gerade dadurch verzichtet man auf das Begreifen seines Wesens, daß man das Gewußte ohne weiters für wahr hält, es glaubt. Die Vorstellung der Idealisten ist auch nicht die der klassischen Jurisprudenz, welche vielmehr das nationale Recht auf den consensus populi zurückführte [3]. Es ist, weil das Volk will, daß es sei und beruht somit auf der Vereinigung unterschiedener Einzelwillen, in welcher ihre Verschiedenheit aufgeht. Das positive Recht durch Gesetz und Gewohnheit gehört in die Kategorie des Uebereinkommens; es ist der allgemeine Wille einer zum Staate vereinten Menschenmenge darüber, was man als Recht schützen wolle [4]. Dieses gewählte Recht ist aber nicht Gegensatz des ἀεὶ δίκαιον, sondern als Theil des juristischen Willens der bürgerlichen Genossenschaft in ihm. Deßhalb heißt auch das Gesetzesrecht aequitas constituta [5]. So wird es darum genannt, weil es den canon des Rechts fixirt [6] nnd so seiner gleichmäßigen Vollziehung, der wirklichen aequitas (§. 22) den Weg anbahnet. Das Gesetz heißt darum auch juris aequa descriptio [7]. Aequitas constituta in dieser allgemeinen Be-

---

2) v. Savigny, System des h. r. Rechts §. 7.

3) l. 10 D. de legib. 1, 3: Omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.

4) Kierulff, Theorie des Civilrechts I, 1—6.

5) Cicero, Top. 3: Jus est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt.

6) Cicero de off. II, 15: leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.

7) Cicero de off. II, 15: juris aequa descriptio, certaque vivendi disciplina, ut vita munitior; III, 16.

deutung ist also überhaupt das gesetzte Recht, wie es die ratio civilis auch immer ausgepräget haben mag. Im engern Sinne aber bezieht sich aequum jus auf die inhaltliche Qualität des Civilrechts. Man versteht darunter zuvörderst jenes Recht, welches regelmäßig aus der Idee des Rechts herausgebildet wurde und somit auf dem allgemein menschlichen Standpunkte sich befindet. Es hört dieses Recht wegen seines Ueberganges in eine Nationalgesetzgebung nicht auf, seinem Inhalte nach wahres Vernunftrecht zu sein. Vielmehr bemächtigte sich hier lediglich die wesentliche Rechtsidee des juristischen Volkswillens, wenn gleich in dieser Identität des Ansichseins und Gesetztseins nur das als Recht verbindet, was Gesetz ist[8]). Es erfaßt die Idee das Recht an sich und der Nationalwille beschließt, das vernünftig erkannte Recht als geltendes Recht zu schützen. Dieses regelmäßig gebildete Nationalrecht liegt in der Mitte der bürgerlichen Interessen, gleichwie man von einem pactum aequabile spricht [9]). Es ist die formelle Rezeption der Rechtsidee, ihre Anerkennung als Herrschendes und dessen, was daraus logisch folgt, des consequens, conveniens in der positiven Sanktion [10]). Aequum jus sind solche Imperative des gesetzten Rechts, welche die subjektive, richtige Reflexion, vom ἦθος ausgehend, als einen Rechtssatz von selbst gefunden haben würde [11]), und da die Rechtsvernunft der Menschheit angehört, so sind die ihr entsprechenden Gesetze jus, quod apud omnes populos peraeque servatur [12]). Wird daher in den Quellen von einer Rechtsmaterie deren

8) Hegel, Rechtsphil. §. 212. — Puchta, Cursus der Instit. Bd. I. Leipz. 1841. §. 83.

9) Cicero de invent. III, 54: Pactum est, quod inter aliquos convenit; par inter omnes aequabile est.

10) Schilling, Instit. II, 87; Spec. aequit. S. 8. — Puchta, Pand. §. 237.

11) §. 11 J. de just. et jur. 1, 1.

12) §. 1 J. de jur. nat. et gent. 1, 2.

aequitas gerühmt, wie aequitas compensationis [13], condictionis [14] und so fort (§. 7), so bedeutet dies die Vernunftwahrheit des behandelten Institutes [15]. Die Regelmäßigkeit der Bildung von Rechtssätzen kann aber auch nur eine relative sein. Wenn nämlich das Entstehen einer Institution unter gewissen Voraussetzungen zweckmäßig und nothwendig war und das statuiret wurde, was der historische Standpunkt fordert, so ist dieses die aus der ratio civilis hervorgegangene relative aequitas. Freilich sind dann solche Rechte nur der geschichtlichen Rechtfertigung fähig, denn sie sind nicht frei aus dem Begriffe entstanden [16]. Sind aber einmal solche Rechtsregeln gewählt, so heißt auch ihre folgerichtige Fortbildung aequitas [17].

(Beschluß im nächsten Hefte.)

IX.

Ueber den gegenwärtigen Stand der Hypothekengesetzgebung und der Gesetzgebung über Sicherung des Grundeigenthums

von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nro. XVI. im vorigen Bande.)

Die bedeutendste Frage in der Hypothekengesetzgebung ist die: ob die gesetzlichen Hypotheken beibehalten werden

13) §. 30. 39 J. de act. 4, 6. — l. 18 D. de comp. 16, 2. — l. 36 D. de admin. tut. 26, 7. — l. 5. 6 C. de comp. 4, 31.

14) Hartter in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. XIX, 192 f.

15) Hartter l. c. S. 144—146.

16) Hegel, Rechtsphil. §. 3 Anmerk.

17) l. 94 pr. §. 1 D. de cond. 35, 1. — l. 1 D. de act. rer. amot. 25, 2. l. 25 D. de donat. inter vir et uxor. 24, 1. — l. 34 D. mand. 17, 1. — l. 20 §. 3 D. de statulib. 40, 7. — l. 2 §. 16 D. pro emt. 41, 4.